

判例評釈
〔商事判例研究〕

早稲田大学商法研究会

取締役の第三者に対する責任と「経営判断原則」
東京地判平成27年9月3日 LEX/DB25530883

内 藤 裕 貴

I. 事案の概要

冷却装置等に応用することが可能な技術であるペルチェ素子事業を中心とした新エネルギー技術の研究開発事業を営むA社の代表取締役であるXは、A社の経営破綻に伴い、ペルチェ素子事業を存続させるため、A社の取締役であったBと共に、同事業を承継させるための会社の設立を検討し、平成18年7月、C社を設立した。C社の設立時において、C社の取締役にBおよびY2が就いていた。このうちBは代表取締役であったが、平成21年6月にはBが自殺し、それ以降はY1が代表取締役の地位に就いている。なお、Xは、C社において、Y1らに営業方針等に対する指示や助言を行い、C社内で「会長」として位置づけられるとともに、C社の事業方針を設定し、これを社員に周知するようY2に指示し、経営会議を主催するなど主導的にC社の業務に関与していた。また、XはC社のために多額の担保を提供するとともに、C社の具体的な財政状況を認識しており、C社の経営に主体的に関与していた。そして、取締役らもXの指示を仰ぎ、できる限りその意向に沿うよう経営を進めていた。平成22年12月以降は、XはC社の株主でもある。

C社の事業であるペルチェ素子事業は、発展途上の技術であるため、先行投資として多額の研究資金および営業費用が必要であり、C社は、設立以来金融機関からの借入と社債を発行することで資金を調達していた。C社は、上記資金調達の一環として、平成19年9月ころ、D社に対し、Xが保有するE社株式を譲渡担保として差し入れることを条件とした第4回新株予約権付社債（以下、「本件社債」という。）3900万円の引受けを打診し、D社は、これを了承した。そしてC社は、平成19年10月31日、本件社債をD社に発行し、その際にXは自身が所有するE社の株式3万株（以下「本件株式」という。）を譲渡担保として差し入れた。

平成19年11月、C社はF社との間で金銭消費貸借契約を締結して1億8000万円を借り入れ、その際に、Xは本件株式とは別のE社株式10万株を担保として差し入れた。しかし、C社は、平成20年11月にF社に対する借入金の支払を停止し、その後に支払猶予の合意を取り付けたが、結局資金調達の目途が立たず、平成21年5月に2度目の支払停止を引き起こし、さらにF社との間で同年11月まで支払を猶予する旨の合意を取り付けた。Y2はC社の2度の支払停止を受けて、平成21年5月ころ、Y1らとともに、およそ1か月かけてC社の経営状況の調査をし、その結果、C社は、平成21年5月現在で社債権者5社に対する債務等合計3億4563万円の負債があり、平成21年11月のF社に対する返済原資も調達できない状況であることが判明した。

F社はC社に対し平成21年10月末日に借入金残高合計1億2386万9844円の一括返済をするよう請求したが、C社には返済原資がなく、借入金を返済することができず、また、平成21年11月支払期であった社債権者5社に対する利息についても支払うことができなかった。D社は、平成22年10月ころ、D社の社員2名、D社の関連会社出身で本件社債発行に際してC社の取締役役に就任したGおよびXの4名で面談をし、利息不払を理由として譲渡担保権の実行を検討している旨を伝えたところ、Xは自らC社の財務状況を改善するとして猶予の申し出をした。他方、C社の再建には、売上が増加が急務であったことから、Y1らは債権者対応が一段落した平成22年後半から、Xの指示に従い、多数の企業に対する営業活動を行った。Y1らは、C社の運転資金を捻出するため、債権者対応に加え、経費削減にも取り組み経費の圧縮に成功したが、資金不足を改善することはできず、市場拡大も進まず、運転資金を賄うことができなかった。

Y1らは、Xの事業再建の意向を受けて、金融機関6社や社債権者5社との間で繰り返し交渉を行い、利息支払停止後は、D社との間で弁済交渉もし、平成24年3月まで本件株式についての担保権の実行は猶予されたが、平成24年3月31日にD社は上記譲渡担保権を実行し、本件株式を取得した。さらに、本件株式の取得の前後(平成24年2月および4月)には、資金捻出のため、Y2が経営する会社の関連会社であるH社にC社の機械設備と特許権を買戻権付きで譲渡し、運転資金を調達した。

Y1らは、平成24年6月ころ、C社の従業員に対し、工場の一時閉鎖を検討していることおよび賃金の減額を通告し、さらに、Y1も役員報酬を運転資金に充てて同年9月から無報酬で活動したが、状況は改善せず、11月には従業員全員が退職し事業を継続することができなくなった。Y1らは、その後も銀行債務および税金等の未払を分割交渉し、会社継続を図ったが、平成24年7月、債権回収機構への未払交渉が難航し、すべての銀行口座を差し押さえられたため、資金の運

用が困難となった。Y1は、上記再建に向けた取り組みの過程において、Xに対し、話し合いの場を設けることを依頼するも同人からの連絡がなくなり、その後、Xからの問い合わせに対し、平成25年7月および同年11月に、C社の現状につき資金調達の見込みがなく会社継続は厳しい見通しであり、会社整理の方向性も示唆する旨の文書を送付した。

そこで、Xは、主位的請求として、Y1らが①平成21年11月以降、あえて本件社債の利息の支払いをせず、D社に本件株式の譲渡担保を実行させたこと、②C社の破綻を十分認識していたにもかかわらず、平成21年11月以降現在に至るまでの各決算期にC社の破綻処理をしなかったこと、ならびに③C社の生産設備、営業等をI社に譲渡し、C社の資産を減少させたこと、それぞれが悪意または重過失による任務懈怠に当たり、本件株式喪失分の損害が生じたとして、会社法429条1項を理由に、また、予備的請求として、④Y1らがXに対して平成22年12月15日当時、C社株式の価値が1株15万円であるとの欺罔行為をしたとして不法行為を理由に、Y1らに対して損害賠償請求した。

Ⅱ. 判旨

（請求棄却）

本件において、裁判所はXの請求を棄却している。このうち、上記①、③および④については、それを認めるに足りる証拠がないとして棄却し、②について、以下のように判示して棄却している。

「会社の事業を整理するかどうか、その時期や方法をどうするのかといった判断を行うにあたっては、会社の取締役は、その業種内容や特色、財政状況、債権返済の見込みなどを総合的に考慮し、事業の継続又は整理を慎重に検討し、専門的、政策的な総合判断を行うことになる。もともと、上記判断はいわゆる経営判断であるから、取締役には一定の裁量判断が認められ、その裁量判断を逸脱した場合に善管注意義務違反が認められるが、その違反の有無については、当該判断をするために当時の状況に照らし合理的な情報収集・分析、検討がされたか、これらを前提とする判断の過程及び内容に著しく不合理な点があるかどうかを検討すべきである。」

「第4期（平成21年6月1日から平成22年5月31日）の状況は、債務超過ではあったものの、売上高は約2億1109万円、純利益も9000万円以上が計上されており、加えて債権者に対して支払猶予の合意を取り付けていたことからすれば、同時点において、Y1らが破綻処理手続きを検討せずに、事業を継続したことが、著しく不合理な判断ということはできない。」

「第 5 期（平成 22 年 6 月 1 日から平成 23 年 5 月 31 日）の状況は、売上高が約 4926 万円と減少し、純利益は計上できておらず、また、第 6 期（平成 23 年 6 月 1 日から平成 24 年 5 月 31 日）の状況も、売上高が約 3044 万円とさらに減少し、純利益も計上できておらず、債務超過が増大していることからすれば、結果的・事後的見地からすれば、遅くとも第 6 期において C 社の再建はきわめて困難な状況になり、一定の時期において破綻処理手続の検討が必要な状況にあったこと自体は否定できないというべきである。」

「しかしながら、C 社は、先行投資が必要な研究開発型のいわゆるベンチャー企業であり、一般にあまり認知されていないベルチェ素子事業は、顧客を見つけて資金調達ができれば、厳しい状況が好転する見込みがあるという認識の下……、Y1 らは、X の指示を仰ぎ、同人と相談しながら経営を進め、平成 22 年後半から多数の企業に対する営業活動を実施していたこと、実際に営業活動が奏功した企業もあったこと、債権者からも一定の支払猶予を取り付けていたこと、C 社の創業者的な存在であり、平成 22 年 12 月以降は C 社の株主でもあった X も一貫して C 社の再建による債務の返済を希望していたこと、Y1 らは運転資金捻出のための経費削減に努め、Y2 は、H 社への資産譲渡という形式で C 社に運転資金を提供していること、再建のための取り組みの過程で Y1 が X に対して会社整理の方向性も示唆し、話し合いを依頼するも同人からの連絡が途絶え、本件訴訟を提起されたこと等の事情からすれば、第 5 期以降においても、Y1 らが C 社の破綻処理手続をしなかったことについて、著しく不合理な判断であるとまではいえない。」

「以上のとおり、B 社の事業内容や性質、Y1 らの取組みを見る限り、平成 21 年 11 月以降、B 社の破産処理等の整理を実行しなかった Y1 らの判断の過程及び内容が著しく不合理なものということはできず、結局、Y1 らに注意義務違反があったと認めることはできない。」

Ⅲ. 研究

（結論賛成、理由づけに若干の疑問あり）

1. 本判決の意義

本件は、会社が新株予約権付社債を発行した際に供した別会社の株式の譲渡担保権が実行された結果、譲渡担保の目的物を失った物上保証人が、会社が債務超過状態にあるにもかかわらず、破綻処理をしなかったこと等を理由に会社法 429 条 1 項に基づいて取締役の責任を追及した事案である。本件において、裁判所は、取締役の対第三者責任が追及されている事案において、被告取締役の任務懈

怠（善管注意義務違反）の有無を判断するに際して、いわゆる「経営判断原則」を適用し、被告取締役の責任を否定した。取締役の対第三者責任追及局面において、「経営判断原則」が適用された事案は以前より散見されていたが、⁽¹⁾本件もその一事例である。

2. 第三者責任への経営判断原則の適用

取締役の対第三者責任が肯定されるためには、取締役が職務を行うにつき悪意または重過失がなければならない（会社429条1項）。ここにいう取締役の悪意・重過失は何に対して必要なのかにつき争いがあるが、判例によれば、かかる取締役の悪意・重過失は会社に対する任務懈怠との関係において存在しなければならないとする⁽²⁾。そして、取締役の任務は善管注意義務を尽くして職務を遂行することであるから（会社330条、民644条）、任務懈怠とは取締役が職務を遂行するに際して善管注意義務を尽くさなかったこととなる。

本件では、取締役であるY1らの善管注意義務違反の有無を審査するに際して、取締役が当時の状況に照らして合理的な情報収集・分析・検討をしたかどうか、ならびに、これらを前提とする判断の過程および内容に著しい不合理さがあるか否かを審査している。このような審査基準はいわゆる「経営判断原則」と呼ばれるものであり、本件も「経営判断原則」を適用した事例だと言える。そもそも、経営判断原則は、19世紀からのアメリカの裁判例の蓄積によって認められた法理であって、経営判断の是非が問われる際に、裁判所は取締役の裁量を幅広く認め、その経営判断を尊重すべきだとする考えから導き出されるものである。わが国における「経営判断原則」は、取締役の善管注意義務違反の有無についての審査基準として機能しており、⁽⁴⁾裁判所が取締役の経営判断に実体判断をするなど、アメリカの経営判断原則とは異なるが、その根底にある思考は同じである。

わが国において「経営判断原則」を適用したとされる裁判例は、昭和50年代に

(1) 例えば、東京地判平成19年5月23日金判1268号22頁、東京地裁平成23年9月29日判タ1375号187頁、高知地判平成26年9月10日金判1452号42頁等がある。

(2) 会社に対する任務懈怠との関係において悪意・重過失が必要だと解する見解に立つものとして、江頭憲治郎『株式会社法〔第6版〕』505頁（有斐閣、2015）、大隈健一郎＝今井宏『会社法論 中巻〔第3版〕』262頁（有斐閣、1992）、神田秀樹『会社法〔第18版〕』264頁（弘文堂、2016年）、森本滋『会社法〔第2版〕』261頁（有信堂高文社、1995）等がある。これに対して、第三者に対する加害について必要だと解する見解に立つものとして、松田二郎＝鈴木忠一『条解株式会社法・上』308頁（弘文堂、1952）がある。

(3) 最大判昭和44年11月26日民集23巻11号2150頁。

(4) 吉原和志「取締役の経営判断と株主代表訴訟」小林秀之＝近藤光男編『新版 株主代表訴訟大系』96頁（弘文堂、2002）。

は既に散見されていたが、その多くは取締役の対第三者責任についての事案であった⁽⁵⁾。これらの従前の裁判例において、裁判所は、経営判断には不確実な要素が含まれたり、リスクテイクが求められたりするなど、取締役の経営判断には特殊性があることを考慮して「経営判断原則」を適用してきた。しかし、本来的には、経営判断原則がアメリカ法において取締役の対会社責任との関連で発展してきた法理であることを鑑みると、わが国において「経営判断原則」を取締役の対第三者責任追及局面に無批判的に適用することには疑問がないわけではない。

経営判断原則の適用を肯定する根拠として、いわゆる所有と経営の制度的分離が進んでいる株式会社において、株主は会社経営を自ら株主総会において選任した取締役に委ねている以上、株主も経営判断の失敗のリスクを甘受すべきであるということが挙げられている⁽⁶⁾。そうだとすれば、経営判断原則の適用は、経営判断の失敗にかかるリスクの負担を取締役から株主に移転するものとも言える。翻って、取締役の対第三者責任の追及局面において「経営判断原則」を適用することは、経営判断の失敗にかかるリスクを第三者に移転させてしまうことになりそうである⁽⁷⁾。

(5) 取締役の対第三者責任追及局面において「経営判断原則」を適用したものとされる初期の裁判例として、東京高判昭和50年1月29日判時771号77頁、東京地判昭和53年3月2日判時909号95頁、東京地判昭和55年9月30日判時1005号161号、大阪高判昭和61年11月25日判時1229号144頁等がある。

(6) 宮本航平「取締役の経営判断に関する注意義務違反の責任（2・完）」新報115巻7＝8号52頁参照（2009）。

(7) 取締役の対第三者責任追及局面において、いわゆる「経営判断原則」の適用の可否について言及した裁判例として、福岡高宮崎支判平成11年5月14日金判1074号30頁がある。同判決は、会社の破産申立後も取引を継続した取締役の対第三者責任が肯定された事案であるが、経営状態が悪化し破綻の危機に瀕している企業において冒険的・投機的な経営判断をすることを許容できる場合があることを適示しつつも、いわゆる「経営判断原則」の適用の可否については、「本件のように代金支払の見込みがないのに商品を仕入れる行為は第三者に対する直接の加害行為であるところ、破綻の危機に瀕している企業が状況打破のために冒険的・投機的な経営をすることも株主との関係ではときに正当化されることがあるとしても、第三者である取引先との関係では、単に危険な取引を強いるだけで、これを合理化する根拠はない」として、いわゆる直接損害型の事案における「経営判断原則」の適用を否定している。これに対して、本件は、Xの主張によれば、取締役Y1らが放漫経営をし、会社の資産を消滅させて債権回収が不能になった結果としてXに損害が生じたという事案であって、いわゆる間接損害型の事案である。したがって、前掲福岡高宮崎支判が示した「経営判断原則」を適用しなかった論拠は、本件のような間接損害型の事案には直接的に当てはまるものではないと言え、別段の検討が必要であろう。なお、間接損害型の事案については、会社法429条1項の責任を追及することが民法の債権者代位権の行使と類似の機能を同条の責任追及に働かせることに着目して、「経営判断原則」の適用を肯定する見解もある（近藤光男

もつとも、財産的基盤が弱く、かつ、会社資産より経営者個人の資産の方が豊かであることも少なくない小規模会社において、取締役の対第三者責任が債権者保護の制度として広く認められるのは妥当ではないことから、対第三者責任追及局面での経営判断原則の適用を肯定する見解もある⁽⁸⁾。この見解は、取締役の対第三者責任を広く認めると、取締役を会社の保証人的立場に置くことになるため妥当ではないという価値判断に基づくものである。

以上のことから、取締役の対第三者責任追及局面において、「経営判断原則」の適用を否定すべき積極的な理由は見受けられないと言える。そうだとすれば、本件において、裁判所が「経営判断原則」を適用したことについても、必ずしも否定的に評価されるべきではないだろう。

3. 本件における「経営判断原則」の審査基準

本件で採用されている「経営判断原則」は、破綻処理の「判断をするために当時の状況に照らし合理的な情報収集・分析、検討がされたか、これらを前提とする判断の過程及び内容に著しく不合理な点があるかどうかを検討すべき」であるとする判断枠組みを用いている。本件の「経営判断原則」は、①経営判断の前提となる事実認識段階（情報の収集・分析・検討）の不注意な誤りの有無と、②かかる事実認識を前提とした経営判断の過程および内容に著しい不合理さの有無を峻別して善管注意義務違反の有無を審査する、野村証券損失補填事件第一審判決⁽⁹⁾で示された審査基準を踏襲した、いわば従来型の「経営判断原則」を意識したもののように思われる。従来型の「経営判断原則」は、このように①事実認識の過程面と②意思決定の内容面を峻別して両者の審査基準に差を設けているものと解され、具体的には、前者については厳格な審査基準を、後者については緩やかな審査基準を採用しているとされる。前者につき厳格な審査基準が適用されることが

「閉鎖会社と経営判断の原則」『取締役の損害賠償責任』21頁（中央経済社、1996）。

(8) 近藤光男『経営判断と取締役の責任』166頁（中央経済社、1994）。なお、佐藤鉄男『取締役倒産責任論』12頁（信山社、1991）参照。

(9) 東京地判平成5年9月16日判時1469号25頁。同東京地判はその判示において、「裁判所としては、実際に行われた取締役の経営判断そのものを対象として……前提となった事実認識に不注意な誤りがあり、又は意思決定の過程が著しく不合理であったと認められる場合には、取締役の経営判断は、許容される裁量の範囲を逸脱したものとなり、取締役の善管注意義務又は忠実義務に違反するものとなると解するのが相当である」という審査基準を採用している。なお、同東京地判は、経営判断の内容面の審査につき、判示された審査基準において何も述べていないが、その当てはめにおいて経営判断の内容面についても審査をしているとされる。このことを指摘するものとして、神崎克郎「東京地判平成5年9月16日判批」金法1396号75頁（1994）。

肯定される理由は、裁判所は、経営判断における事実認識の過程面の当否を事後的に判定する能力を持っており、また、厳格な審査をすることは、取締役役に広範な裁量が認められることおよび経営判断には総合的・専門的な判断能力を必要とすることと相容れないわけではなく、企業経営の専門家としての取締役にとって酷な結果にならないという点に求められる。⁽¹⁰⁾ 他方、後者について緩やかな審査基準が適用されることが肯定される理由は、裁判所は、経営判断における意思決定の内容面の当否を事後的に審査する能力を持たず、また、そのような事後審査は適切ではなく、内容面の審査について抑制的でなければならないという点に求められる。⁽¹¹⁾ そして、会社においては十分な情報の収集・分析・検討を行い、適切な専門家の助言を得たうえで会社内部における意思決定システムを順守して経営判断がなされるから、経営判断における①事実認識の過程面と②意思決定の内容面を相対的に区別することには、それなりの合理性があると指摘される。⁽¹²⁾

しかし、このように経営判断における事実認識の過程面と意思決定の内容面を峻別して審査基準に差を設けることは困難であろう。なぜならば、経営判断において過程として一括されている期間ないし時間における諸行為も個別具体的な判断内容の集積であって、両者は相互排他的な観念ではないからである。例えば、反復・継続的に行われている日常的な取引については、その取引の都度に、会社外部から専門家を招へいまでして綿密な情報の収集・分析・検討を行う必要性は低くなる一方で、企業買収など非日常的な経営判断をする場合には、綿密な情報の収集・分析・検討を行う必要性は高くなるだろう。そして、これら情報収集等の度合いを決めるのは、実際に経営判断を行う取締役である。すなわち、取締役が、経営判断における事実認識の過程において、いかなる情報収集等を行うかは経営判断の内容の一部であると言える。このように、経営判断における事実認識の過程面には内容的側面が必然的に含まれるのであって、過程面と内容面の峻別は、やはり困難である。そして、両者の区別が困難である以上、経営判断における事実認識の過程面と意思決定の内容面について異なる審査基準を採用する、本件のような「経営判断原則」は審査基準として適切なものとは言えないだろう。これに対して、近時の最高裁判決（最判平成22年7月15日判時2091号90頁）が採用

(10) 神崎克郎「経営判断の原則」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』217頁（有斐閣、1997）。

(11) 神崎・前掲注（10）218頁。

(12) このような指摘をするものとして、森本滋「経営判断と『経営判断原則』」田原睦夫先生古稀・最高裁判事退官記念論文集『現代民事法の実務と理論（上巻）』677頁（金融財政事情研究会、2013）。

(13) 三浦治「わが国における『経営判断』の原則（2・完）」アルテスリベラレス54号184頁（1994）。

した「経営判断原則」は、「取締役の……決定の過程、内容に著しく不合理な点がない限り、取締役としての善管注意義務に違反するものではない」というものであり、いわば経営判断における①事実認識の過程面および②意思決定の内容面を総合的に審査する基準を採用して、取締役の善管注意義務違反の有無を判断していると解されている⁽¹⁴⁾。本件も、同最判のように、経営判断における事実認識の過程面と意思決定の内容面を画一的に区別しない審査基準を有する「経営判断原則」を採用すべきだったと思われる。

4. 事実上の経営者の第三者性

本件において、X は本件株式を C 社のために差し入れた C 社の物上保証人であり、D 社によって譲渡担保権が実行された結果、X は C 社に対して求償権を有することになった。そして、求償権者である X は、会社法429条1項に言う「第三者」にあたるように思われる。

しかし、C 社の物上保証人である X には、C 社との間では特殊な関係が認められることについても留意されるべきである。X は、C 社の取締役ではないが、C 社の財務状況を把握し、C 社の債権者と直接交渉をしたり、さらに、取締役である Y 1 人に C 社の営業方針等に対する指示や助言をするなど、C 社内で「会長」と位置付けられていた。また、対外的にも X は C 社の顧問的立場と認識され、C 社は X のベンチャー企業であって、X はそのリーダー的立場であると認識されるなど、特殊な事実関係が認められている。

本件において、裁判所は問題としてはいないが、このような特殊な事実関係を背後に有する X が、会社法429条1項に言う「第三者」にあたると言えるのだろうか。この点について、学説は「第三者」の範囲について論じたものであるが、会社および会社法429条1項で責任を負う取締役が、同条項の「第三者」にあたらないのはもちろんのこと、その共謀者ないし共同行為者も同条項に言う「第三者」にはあたらないとしている⁽¹⁵⁾。また、下級審裁判例の中には、会社経営に積極的に関与していた取締役ではない者が、実質上の経営担当者かつ取締役⁽¹⁶⁾や実質的な共同事業者ないし事実上の業務執行取締役⁽¹⁷⁾にあたることを理由に、その第三者性が否定されたものも見受けられる。すなわち、被告取締役の任務懈怠責任の一端を担う事実上の取締役ないし主宰者は、会社法429条1項に言う「第三者」に

(14) 伊藤靖史「最判平成22年7月15日判批」商事2009号56頁（2013）、田中亘「最判平成22年7月15日判批」ジュリ1442号103頁（2012）。

(15) 吉川義春『取締役の第三者に対する責任』26頁（日本評論社、1986）。

(16) 横浜地判昭和58年3月17日判時1095号150頁。

(17) 京都地判平成3年11月25日判時1423号126頁。

はあたらないうことになる。

そうだとすると、事実上の取締役ないし主宰者であると評価されるためには、いかなる要件が具備されなければならないかが問題となるだろう。この点について、下級審裁判例は、事実上の取締役と評価されるには、取締役と呼ばれるだけでは足りず、会社の業務の運営、執行について、取締役に匹敵する権限を有し、これに準ずる活動をしていることを必要だとしている。⁽¹⁸⁾

本件において、前述のような事実関係が認められることからすれば、X は事実上の取締役ないし主宰者であると評価できるのであって、会社法429条1項にいう第三者には当たらないと解すべきであろう。もっとも、仮に X の第三者性が肯定されるとしても、本件の事実関係の下では、X の主張は権利濫用にあたるか、もしくは、信義誠実の原則に照らして許されないと思われる。⁽¹⁹⁾

5. 悪意・重過失による任務懈怠該当性

前述したように、本件における「経営判断原則」は、取締役の善管注意義務違反の有無を審査するものとして機能している。このとき、対会社責任と対第三者責任との関係で、責任要件としての取締役の任務懈怠の態様が異なることに留意する必要がある。すなわち、対会社責任の場合と異なり、対第三者責任においては、取締役の責任が肯定されるためには、取締役の任務懈怠が悪意または重過失

(18) 東京地判昭和55年11月26日判時1011号113頁。なお、事実上の取締役と評価される要件をめぐるのは、客観的に認識される取締役としての外観と継続的な職務執行を要求する見解(石山卓磨『事実上の取締役の理論とその展開』261頁(成文堂、1984))、実質的な取締役としての業務執行、取締役としての権限引受ならびに業務執行についての会社の承認・許容を要求する見解(竹濱修「事実上の取締役の第三者に対する責任」立命303号313頁(2005))など、学説上の議論は多岐に渡っている。その中でも、中村信男教授は、わが国の裁判例において見受けられた事実上の主宰者概念と事実上の経営者概念を同内容のものと捉えた上で、「事実上の主宰者」の認定要件をイギリス法における影の取締役(shadow director)概念からアプローチし、事実上の主宰者と認定するための基本的要件として、取締役に對する通例的指揮を挙げ、さらに事実上の主宰者に対する規制の内容や趣旨に応じて、その取扱いに若干の差異を設ける必要があると主張する(中村信男「判例における事実上の主宰者概念の登場—事実上の主宰者への取締役関連規定の適用事例」判タ917号118-119頁(1996))。なお、イギリス法における影の取締役制度については、中村信男「イギリス法上の影の取締役」早稲田大学大学院法研論集51号165頁以下(1989)および坂本達也『影の取締役の基礎的考察』(多賀出版、2009)を参照。

(19) 前橋地判昭和57年8月16日判時1069号134頁は、いわゆる交換手形をした当事者の一方が交換手形をしたことを理由に他方当事会社の取締役の対第三者責任を追及した事案である。同判決は、交換手形の性質に鑑みて、特段の事情のない限り、原告の請求は権利濫用ないし信義則に反するとして他方当事会社の取締役の責任を否定している。

によるものでなければならないということである。そのため、対第三者責任において「経営判断原則」が適用された結果、取締役の任務懈怠が認められたとしても、かかる任務懈怠が軽過失に基づくものであるならば取締役の責任は否定されることになる。対会社責任の事例における「経営判断原則」はまさに取締役の責任の有無を決する審査基準であるのに対して、本件のように取締役の対第三者責任の事例において対会社責任の事例と同様の「経営判断原則」を適用することは、取締役の責任の有無を必ずしも決するものではないから、その文言を素直に読めば、規範としてあまり意味のないもののようにも思える。もっとも、取締役の対第三者責任が追及された裁判例の中には、「経営判断原則」を適用した上で、「その際には……会社法429条1項が……『悪意又は重大な過失』に限定している点も十分に斟酌すべきである」と述べて、取締役に悪意・重過失が認められるか否かを規範の当てはめの中で認定しようとするものもある以上、本件が仮に責任肯定事案であるならば、悪意または重過失による任務懈怠の該当性も「経営判断原則」の中で判断されることになると考えられる。⁽²¹⁾

6. 終わりに

前述のように、本件は取締役の対第三者責任を追及する事例において、「経営判断原則」が適用された一事案であるが、原告であるXとC社との関係が非常

(20) 前掲高知地判平成26年9月10日金判1452号42頁。

(21) 取締役の任務懈怠にかかる重過失の有無を審査する手法として「経営判断原則」が用いられる場合、不当な責任軽減につながらないかを再検討する必要性を指摘するものとして、小林俊明「取締役の対第三者責任と経営判断の原則」新報122号9=10号216頁（2016）。

(22) なお、本件の判示事項から外れるが、本件のような債務超過会社における取締役の破綻処理という経営判断について、取締役にどの程度の裁量を与えられるべきなのかについても検討する必要があると思われる（岩原紳作編『会社法コンメンタール9 機関〔3〕』368頁〔吉原和志〕（商事法務、2014）は、「経営判断原則」によって取締役に与えられる裁量の範囲は、問題となる経営判断の具体的内容や会社の具体的状況によって異なると指摘する。）。)

債務超過状態にある会社においては、その発行する株式の価値はほぼゼロであるため、取締役は、会社債権者がリスクを負担するという状況下でハイリスク・ハイリターンの経営判断をすることができる。もっとも、このような状況の下でも、取締役が株主利益の最大化を追求して株主のためにハイリスク・ハイリターンの経営判断をすることも任務懈怠に当たらないことになる。しかし、このような帰結は、会社債権者にとって酷なもののように思われる（このような指摘をするものとして、齊藤真紀「苦しい台所事情」法教356号96頁（2010））。これを回避するためには、会社が債務超過状態にある場合には、取締役が負う善管注意義務の一内容が、会社債権者の利益に配慮して、株主の利益が一步後退したものであるべきであろう。このとき、会社が債務超過状態にある場合には、取締役は債権者に対して信任義務を負うとする見解（黒沼悦郎「取締役の債権者に対する責任」曹時52巻10号25頁

に特殊なものであることについても留意されるべきである。本件において、X は、実際に Y1 らの行った経営に自己の指示や意向を反映させたり、自ら C 社の債権者対応にあたったりするなど、実質的に C 社の業務を執行しており、事実上の取締役ないし主宰者と言える。また、第三者の保護という会社法429条1項の制度趣旨からしても、X を会社債権者という第三者たる立場として保護する必要性は小さい。そうだとすれば、Y1 らの責任を否定した裁判所の判断は是認できるものだろう。もっとも、X は C 社の本件社債発行時に、自己の資産である本件株式を譲渡担保として差し入れ、結果として本件株式相当分の損害を被っているのも事実である。しかし、かかる損害を被った X は、会社法429条1項によって救済されるべきではなく、むしろ今後の倒産手続の中で救済されるべきものであろう。

[付記]

本稿脱稿後、小林俊明「閉鎖会社における取締役の経営判断の原則」永井和之先生古稀記念論文集『企業法学の論理と体系』293頁以下（中央経済社、2016）、および、三浦治「取締役の経営判断の過程と内容との区別—アパマンショップ事件各判決を検討素材として—」同967頁以下に接した。

(2010)) や、会社経営が悪化してきた場合に、取締役は会社に対して経営状況を確実に把握し、経営悪化の原因の分析等の必要な措置を講ずる義務を善管注意義務の一内容として負うとする見解（吉原和志「会社の責任財産の維持と債権者の利益保護—より実効的な規制への展望—（3・完）」法協102巻8号1513-1515頁（1985））が主張されている。

これらの見解を前提とすると、会社が債務超過に陥っているときに、取締役に認められる裁量の範囲は会社債権者を考慮して自ずと狭くなるし、「経営判断原則」を適用するに際しても、会社債権者の利益に配慮することになるだろう（小出篤「高知地判平成26年9月10日重判解」ジュリ1479号112頁（2015））。また、前掲福岡高宮崎支判平成11年5月14日金判1074号30頁も、「第三者との関係においては、経営が逼迫している状況下では、その損害を回避するため、事業の縮小・停止、場合によっては破産申立をすべきではないかを慎重に検討する必要があるというべきである」と指摘しており、経営が悪化している状況の下で、取締役は債権者の利益の観点から慎重に倒産処理にかかる経営判断をなすべきであるとも理解することができる判示をしている。